

O PROCEDIMENTALISMO EM ALEXY E PAPEL DA CORTE CONSTITUCIONAL

Marcos César BOTELHO

SUMÁRIO: Introdução; 1) Distinção entre regras e princípios; 2) Princípios como mandatos de otimização; 3) A ponderação de valores; 4) Procedimentalismo alexyano e o papel da jurisdição constitucional; Conclusões; Bibliografia

RESUMO: O presente artigo visa discutir os principais aspectos do modelo procedimentalista desenvolvido por Robert Alexy. Para tanto, analisou-se sua distinção entre regras e princípios e como suas ideias conduzem a consideração dos princípios como mandatos de otimização e que, tendo similaridades com os valores, exige ponderação, já que colisão de princípios são, também, colisão de valores. Outrossim, analisou-se sua ideia procedimentalista e como Alexy enxerga a teoria discursiva como uma teoria da correção normativa, terminando por expor algumas ideias de Häberle, especialmente quanto ao papel que ele atribui a Corte Constitucional de dar a última palavra.

ABSTRACT: The present article wants to discuss the principals aspects of procedimental model from Alexy's thought. So, it has analyzed his distinction between rules and principles e how his ideas conduct to consideration of the principles as optimization commands which have similarities with the values, it demands balancing, since collision between principles are, in fact, collision between values. Also, it has analyzed Alexy's procedimental idea and how he understand the discursive theory as a normative correction theory, finishing showing some ideas from Peter Häberle, especially about the role of the Constitutional Courts to give de last word.

PALAVRAS-CHAVE: Alexy; procedimentalismo; princípios; Corte; ponderação.

KEY-WORDS: Alexy; procedimentalismo; principles; court; balancing.

INTRODUÇÃO

As discussões atuais entre procedimentalismo e substancialismo revelam a importância de se considerar o papel da Corte Constitucional no processo de fundamentação e aplicação da norma constitucional.

*Advogado da União. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP. Doutorando em Direito pela Instituição Toledo de Ensino. Coordenador-Geral de Atos Normativos da CONJUR do Ministério da Defesa.

Artigo submetido em 10/06/2009. Aprovado em 30/06/2009.

No caso dos autores que adotam o procedimentalismo verifica-se que não há ideia consensual sobre qual é o papel que deve ser atribuído a Corte Constitucional no processo de construção racional das decisões jurídicas.

Habermas, por exemplo, vê a Corte Constitucional como uma espécie de tutora do procedimento, entendendo que não cabe ao Tribunal uma atuação que adentre nas funções legislativas. Alexy, a seu turno, partindo de uma ideia de jurisprudência dos valores, analisa a Corte Constitucional alemã sob outro viés.

O presente artigo visa discutir os principais aspectos do pensamento de Alexy e como ele compreende o papel da Corte Constitucional. Para tanto, se fez necessária uma abordagem de seus estudos sobre regras e princípios e a distinção que ele faz entre ambas.

Essa distinção feita por Alexy aponta para a sua consideração dos princípios como mandatos de otimização e de que forma sua ideia se distingue daquela proposta por Dworkin.

Abordou-se, ainda, a questão da ponderação de valores, sobretudo pelo fato de que Alexy entende que há uma relação entre princípios e valores.

Finalmente, adentrou-se nas ideias procedimentalistas de Alexy, analisando sobretudo de que forma a Corte Constitucional atua para garantir os direitos fundamentais, mesmo contra o legislador, concluindo com algumas considerações sobre o papel do Tribunal Constitucional como órgão encarregado da última palavra.

1 DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Alexy parte das concepções de Dworkin, com respeito a distinção entre regras e princípios. Para ele, regras e princípios são espécies de normas jurídicas (ALEXY, 1988, p. 140)¹.

Importante salientar, porém, que as concepções de Alexy e Dworkin são distintas, razão por que não podem ser confundidas.

Dworkin, por exemplo, vai afirmar que tanto as regras, quanto os princípios têm seu foco para as decisões particulares acerca da obrigação jurídica em condições específicas. Em outras palavras, “Dworkin compreenderá os princípios jurídicos também como espécie do gênero norma.” (PEDRON, 2005, p. 73; Cf. OLIVEIRA, 2007, p. 173) Neste contexto, as regras e os princípios terão sua distinção em razão da natureza da orientação que oferecem, ideia distinta daquela preconizada por Alexy que entende que os princípios são mandatos de otimização, como se verá adiante (FONTANILLO, s/d, p. 55).

Segundo Alexy, as regras são aplicáveis da maneira “tudo ou nada”, sendo que, se uma regra é válida, deve ser aplicada da maneira como preceitua, diferentemente dos princípios que apresentarão, tão-somente razões em favor de

¹ Ao tratar sobre a teoria dos direitos fundamentais, Alexy afirma que “A distinção entre regras e princípios constitui, ademais, o marco de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para responder a pergunta acerca da possibilidade e os limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais.” (ALEXY, 1993a, p. 63).

uma ou outra posição argumentativa (PEDRON, 2005, p. 71; ALEXY, 2000, p. 295; ALEXY, 1993b, p. 11). Para Alexy:

Um conflito entre duas regras só pode ser resolvido ou através da introdução de uma cláusula de exceção em uma delas, ou pela declaração da invalidade de pelo menos uma das duas (ALEXY, 2005b, p. 157).

Nas regras, portanto, há uma exigência de cumprimento pleno, na medida em que uma implementação parcial da regra implicaria, em realidade, a ocorrência de uma invalidade (ALEXY, 1988, p. 143). Elas são “normas que ordenam, proíbem ou permitem algo definitivamente ou autorizam a algo definitivamente” (ALEXY, 2008, p. 37), contendo, portanto, uma dever definitivo.

Neste contexto, quando há a ocorrência de um conflito de regras, a solução somente poderá ser obtida através da introdução, em uma das regras, de uma cláusula de exceção que tenha o condão de eliminar o conflito através da declaração de que ao menos uma das regras é inválida (ALEXY, 1993a, p.69; ALEXY, 2000, p. 295). Segundo Alexy:

Quando os seus pressupostos estão cumpridos, produz-se a consequência jurídica. Se não se quer aceitar esta, deve ou declarar-se a regra como inválida e, com isso, despedi-la do ordenamento jurídico, ou, então, inserir-se uma exceção na regra e, nesse sentido, criar uma nova regra. (ALEXY, 2008, p. 37)

Alexy cita como exemplo de conflito de regras que pode ser solucionada pela introdução de uma cláusula de exceção a proibição de abandonar a sala antes que soe o alarme de saída e a ordem de abandoná-la em caso de alarme de incêndio (ALEXY, 1993a, p. 69).

E isso ocorre pelo fato de que a forma de aplicação das regras é a subsunção, diferentemente do que ocorre nos princípios que, segundo Alexy, contém um dever ideal (ALEXY, 2008, p. 37). Alexy adverte, todavia, que tanto nas colisões entre princípios, como nos conflitos entre regras, há uma característica comum que é o fato de que a aplicação de dois princípios ou regras colidentes conduz a uma incompatibilidade de resultados (ALEXY, 2000, p. 295).

Voltando as regras, não havendo a possibilidade de inserção de uma cláusula de exceção, a solução deverá ser outra, a saber, a declaração da invalidade de uma das regras (ALEXY, 1993a, p. 69). Consoante escólio de José Antonio Fontanillo, as regras exigem um cumprimento pleno do direito, sendo que, se uma regra é válida, obrigatória, significa que as regras atuam com um critério de determinação entre o possível faticamente e juridicamente (FONTANILLO, s/d, p. 56).

Dessa forma, no caso das regras, duas possibilidades de solução afiguram-se, diante de um conflito, as quais são excludentes. Ou se adota uma cláusula de

exceção ou se declara uma das normas inválida (ALEXY, 2000, p. 295)².

Os princípios apresentam uma situação distinta. Segundo Alexy, “os princípios são normas de um tipo completamente distinto. Eles ordenam otimizar.” (ALEXY, 1994, p. 41; ALEXY, 2000, p. 296)

Por isso que em face de uma colisão entre princípios, “o valor decisório será dado aquele que tiver maior peso relativo no caso concreto, sem que isso signifique a invalidação do princípio compreendido como de menor peso.” (PEDRON, 2005, p. 71; ALEXY, 1998, p. 142)

A conceituação alexyana de princípios será vista no tópico seguinte de forma mais aprofundada.

2 PRINCÍPIOS COMO MANDATOS DE OTIMIZAÇÃO

Alexy entende que os princípios se aplicam de forma a que se dê, em caso de colisão, a prioridade àquele de maior peso. Logo,

[...] princípios são normas que ordenam que algo se realize na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas. São, por conseguinte, mandados de otimização que se caracterizam por poderem ser cumpridos em diferentes graus e pela medida de seu cumprimento depender não só das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas (PEDRON, 2005, p. 71).

Nas palavras de Alexy:

De acordo com a definição padrão da teoria dos princípios (Alexy, 1996, p. 75 e sss), os princípios são normas que determinam que algo seja realizado no mais alto grau que seja efetiva e juridicamente possível. Os princípios são portanto, *comandos de otimização* (ALEXY, 2005b, p. 156).

Segundo o pensador alemão, quando ocorre uma colisão de princípios, um deles terá que ceder ante o outro, não significando isto que há a declaração da invalidade de algum deles ou que há a introdução de uma cláusula de exceção (ALEXY, 1993a, p. 70). Segundo Alexy, no caso dos princípios:

[...] o que sucede é que, baixo a determinadas circunstâncias, um dos princípios precede ao outro. Baixo a outras circunstâncias, a pergunta acerca de qual é o princípio que prevalece pode ser solucionada de maneira inversa (ALEXY, 1993a, p. 71).

² Para Alexy, “Um conflito entre regras somente poderá ser resolvido ou pela introdução de uma cláusula de exceção para uma das regras ou pela declaração de invalidade de ao menos uma. Um exemplo da primeira é a regulamentação escolar que proíbe alguém de deixar a classe de aula antes do sinal, mas que requer que se faça a mesma coisa em caso de alarme de incêndio. Este conflito é facilmente resolvido pela introdução, para o caso do alarme de incêndio, de uma exceção à proibição de deixar a classe de aula antes do sinal. Se tal solução está fora de alcance, a única possibilidade remanescente é declarar que ao menos uma das regras é inválida.” (ALEXY, 2000, p. 295-296).

Na ótica de Alexy, os princípios contêm um dever ideal, razão por que são considerados por ele como mandamentos a serem otimizados, não contendo, por conseguinte, um dever definitivo, mas apenas um dever-*prima-facie* (ALEXY, 2008, p. 37; 1988, p. 41; 2000, p. 296; 1993a, p. 70). Assim:

Eles exigem que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas. Pode expressar-se isso abreviadamente, embora um pouco inexatamente, pelo fato de se designar princípios como ‘mandamentos de otimização’. Como mandamentos ideais, princípios exigem mais do que é possível realmente. Eles colidem com outros princípios (ALEXY, 2008, p. 37).

Afirma Alexy que os conflitos de regras ocorrem na dimensão da validade, diferentemente das colisões entre princípios, que ocorrem na dimensão do peso (ALEXY, 1993a, p. 71). E a razão disso se dá pelo fato de que somente princípios válidos podem colidir; logo, a questão da validade dos princípios é ponto que não é afeto à análise da colisão entre eles.

Adverte Fontanillo:

Em definitivo, a natureza dos princípios implica que, juntamente com seu caráter de generalização, ocorrem a situação com critérios de otimização. Sua fórmula é jurídica, seu fundo é moral (FONTANILLO, 1999, p. 56).

Neste contexto, Alexy irá considerar que este ponto fundamenta sua tese antipositivista da vinculação entre o direito e moral.

Uma questão importante surge nesta altura: princípios se confundem com valores? Fontanillo afirma que “os princípios representariam valores que tem que se aplicar à solução de um caso. Os valores são elementos a determinar nos princípios que se aplicam ao caso.” (FONTANILLO, 1999, p. 57)

O modelo teórico proposto por Alexy, importa salientar, não adota uma teoria forte dos princípios, a exemplo do que fez Dworkin, para quem a sua aplicação aponta para uma única resposta correta (FONTANILLO, 1999, p. 57). Alerta Rafael Tomaz de Oliveira que:

Agora podemos dizer que o conceito de princípio com o qual opera Robert Alexy se contrói a partir de uma prática que difere substancialmente daquele que se encontra por trás das teses dworkianas. O conceito de Alexy provem da atividade judicialista do tribunal alemão no período que ficou conhecido como *jurisprudência da valoração* (OLIVEIRA, 2007, p. 164).

E, nesta moldura representada numa ordem débil com relação aos princípios, a sua aplicação ocorre com a produção de três pressupostos sempre presentes, a saber, a) de que entram em jogo um sistema de condições de prioridade; b) que

constituem um sistema de estruturas de ponderação; e c) que supõem um sistema de prioridades *prima facie* (OLIVEIRA, 2007, p. 164; Cf. ALEXY, 1988, p. 146).

3A PONDERAÇÃO DE VALORES

Alexy entende que os princípios podem ser equiparados a valores. Contudo, “apesar de dizer que princípios podem ser equiparados a valores, para Alexy, princípios não são valores.” (PEDRON, 2005, p. 71)

Para ele, os princípios, sendo normas, apontam para o que é devido, enquanto que os valores apontam para o que pode ser considerado melhor. Segundo Alexy:

Toda a colisão entre princípios pode expressar-se como uma colisão entre valores e vice-versa. A única diferença consiste em que a colisão entre princípios se trata da questão do que é devido de maneira definitiva, enquanto que a solução de uma colisão entre valores contesta o que é de maneira definitiva melhor (ALEXY, 1993b, p. 16; 1988, p. 145).

Dessa forma, o que se tem é que o significado prático da teoria dos princípios expressada na forma da tese da otimização é a sua equivalência, segundo Alexy, ao princípio da proporcionalidade (ALEXY, 2005b, p. 159). Em outras palavras, “a discussão em torno da teoria dos princípios pode, portanto, ser vista como reflexo em torno do princípio da proporcionalidade.” ALEXY, 2005b, p. 159).

Segundo Alexy:

Princípios exigem uma realização tão ampla quanto possível, tanto relativamente às possibilidades fáticas como relativamente às jurídicas. Os princípios parciais da idoneidade e da necessidade expressam o mandamento da otimização relativamente às possibilidades fáticas. [...] No princípio da proporcionalidade em sentido restrito, que também pode ser designado como “princípio da proporcionalidade”, trata-se, pelo contrário, da otimização relativamente às possibilidades jurídicas. Esse é o campo da ponderação (ALEXY, 2008, p. 132).

Ora, o princípio da proporcionalidade em sentido restrito para Alexy deixa moldar-se como uma lei de ponderação (ALEXY, 2008, p. 67). Essa noção é importante no modelo alexyano, na medida em que leva o pensador tedesco a compreender os direitos constitucionais como direitos *prima facie*, ou seja, como direitos fundamentados em princípios. Neste sentido, afirma Alexy, se seguir-se essa proposta, a aplicação de um direito é algo mais que uma simples subsunção do caso baixo uma regra: é um processo de ponderação ou balanceamento (ALEXY, 1994, p. 42).

Assim, a tese de Alexy é de que existe um procedimento racional de ponderação (ALEXY, 1994, p. 45). Segundo ele, tanto no raciocínio prático geral,

como o raciocínio jurídico, não se pode esperar obter um procedimento capaz de nos conduzir a uma solução definitiva para cada caso difícil, pois, “somente o que se pode criar são estruturas racionais para o raciocínio.” (ALEXY, 1994, p. 47)

Logo, a proposta de Alexy não significa considerar que no caso de colisões entre princípios, a resolução dos casos concretos através da ponderação somente seja relevante para estas situações (casos concretos), pois, conforme ele afirma, “podem ser estabelecidos, quando da decisão de casos concretos, relações de prioridade que são importantes para a decisão de casos novos.” (ALEXY, 1988, p. 146)³

Isso pelo fato de que “quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações.” (ALEXY, 2008, p. 64).

Citando a decisão do Tribunal Constitucional Alemão no caso Lüth⁴, Alexy afirma que uma ideia que se pode extrair deste caso é relativa a estrutura dos valores e princípios, afirmando que os valores considerados como princípios possuem uma propensão à colisão, sendo a sua solução possível somente mediante a ponderação (ALEXY, 2008, p. 108).

Sendo os princípios mandatos de otimização, há uma exigência de que a sua realização seja a mais completa possível em relação às possibilidades jurídicas e fáticas, sendo que estas últimas nos remetem aos princípios da adequação e da necessidade (ALEXY, 1988, p. 147)⁵.

Com relação às possibilidades jurídicas, incide uma lei de ponderação que reza que, quanto mais alto seja o grau de descumprimento ou menoscabo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro (ALEXY, 1988, p. 147). Significa, em outros termos, que a lei de ponderação aponta para o princípio da proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 1994, p. 46)⁶.

O que Alexy quer demonstrar é justamente o fato de que o princípio da proporcionalidade com seus três princípios parciais (proporcionalidade em sentido

³ Neste sentido, o caso Lebach do Tribunal Constitucional Alemão (BverfGE, 35, 2002).

⁴ BverfGE 7, 198. Nesta decisão o Tribunal Constitucional Alemão afirmou que “Mesmo nas decisões de um juízo cível, que com fundamento em ‘leis gerais’ do direito civil chegue, em conclusão, a uma limitação da liberdade de expressão, podem violar o direito fundamental do Art. 5 I 1 GG. Também o juiz cível tem que sempre ponderar o significado do direito fundamental em face do valor do bem jurídico protegido pela lei geral para aquele que por meio da expressão fora supostamente ferido. A decisão só pode brotar desta visão completa do caso concreto, observando-se todos os fatores substanciais.”

⁵ Alexy faz uma distinção entre “comandos para serem otimizados” de “comandos para otimizar”. Segundo ele, os primeiros são o objeto do balanceamento ou ponderação, podendo ser compreendidos como deveres ideais. Neste sentido, um dever ideal é alguma coisa que é para ser otimizada e, assim, transformada em um “dever real”. Os “comandos para otimizar” (otimização de comandos), a seu turno, são pontos em um metanível, onde prescrevem o que é para ser feito com é encontrado sobre o nível do objeto. Neste sentido, Alexy entende que os princípios são comandos para serem otimizados. (Cf. ALEXY, 2000, p. 300).

⁶ Segundo Alexy (1998, p. 46), os direitos como princípios exigem ótimos de Pareto (Cf. ALEXY, 2000, p. 298). Segundo o *Novíssimo Dicionário de Economia*, Ótimo de Pareto consiste na “situação em que os recursos de uma economia são alocados de tal maneira que nenhuma reordenação diferente possa melhorar a situação de qualquer pessoa (ou agente econômico) sem piorar a situação de qualquer outra. O conceito foi introduzido por Vilfredo Pareto (1848-1923).” (SANDRONI, 1999, p. 437).

estrito⁷, necessidade⁸ e adequação ou idoneidade⁹) é consequência lógica do caráter principal das normas, significando que uma teoria dos princípios conduz a estruturas de argumentação racional (ALEXY, 1988, p. 147-148; 2000, p. 297).

4 PROCEDIMENTALISMO ALEXYANO E PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Segundo Alexy a interpretação tem um caráter discursivo na qual as razões e as contra-razões são nomeadas e discutidas, com a finalidade de trazer a lume o melhor argumento (ALEXY, 1993c, p. 165). Ao tratar dos princípios e sua relação com a ponderação, Alexy deixa claro que “ponderabilidade é o contrário de unilateralidade.” (ALEXY, 2008, p. 103). Em outras palavras, “argumentos são a expressão pública da reflexão.” (ALEXY, 2008, p. 115).

Para ele, modelo discursivo legal de argumentação consiste em uma reação à fraqueza ou deficiência apresentada pelos modelos e concepções até então vigentes¹⁰. Considera que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral (ALEXY, 2008, p. 39).

O que Alexy vai defender é que pessoas e procedimentos são necessários, pois a racionalidade prática pode ser definida como a capacidade de encontrar decisões práticas pelo uso de sistemas de regras (ALEXY, 1993c, p. 172; 2005a, 209). Segundo ele:

Um discurso racional prático é um procedimento para provar e fundamentar enunciados normativos e valorativos por intermédio de argumentos. A racionalidade do discurso se define por um conjunto de regras do discurso. Estas regras garantem o direito de cada ser humano a participar no discurso e o direito de cada participante de apresentar e criticar qualquer argumento (ALEXY, 1993b, p. 34; Cf. VIGO, 2003, p. 213).

Neste diapasão, a teoria do discurso alexyana consiste em uma teoria procedimental da correção prática, já que “uma norma *N* é correta rigorosamente então, quando *N* pode ser o resultado do procedimento *P*.” (ALEXY, 2008, p. 25). O discurso racional prático consiste em um procedimento visando provar e fundamentar enunciados normativos e valorativos por intermédio de argumentos (SAAVEDRA, 2006, p. 107; Cf. ALEXY, 2005a, 309).

⁷ “Quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.” (ALEXY, 2008, p. 111).

⁸ “Esse princípio pede, de dois meios, que, em geral, fomentam igualmente bem P1, escolher aquele que menos intensamente intervirá em P2. Se existe um meio menos intensivamente interveniente e igualmente bem idôneo, então uma posição pode ser melhorada, sem que nasçam custos para a outra.” (ALEXY, 2008, p. 110).

⁹ “O princípio da idoneidade exclui o emprego de meios que prejudiquem a realização de, pelo menos, um princípio, sem pelo menos, fomentar um dos princípios ou objetivos, cuja realização eles devem servir.” (ALEXY, 2008, p. 110).

¹⁰ Sobre as discussões de Alexy acerca do modelo de dedução, o modelo de decisão e o modelo hermenêutico, ver: ALEXY, 1993c, pp. 166-170.

Alexy defende uma concepção kantiana da razão prática com viés teórico-discursivo, e, sendo a teoria do discurso uma teoria procedimental, significa que, no modelo alexyano, a sua concepção de racionalidade é também procedimental-universalista (SAAVEDRA, 2006, p. 106; VIGO, 2003, p. 208), havendo, todavia, uma vinculação ao procedimento de argumentação. Assim é que “o procedimento P da teoria do discurso deixa definir-se por um sistema de regras do discurso, que expressam as condições do argumentar prático racional.” (ALEXY, 2008, p. 26)

Essas considerações se fundam no fato de que para Alexy, não é possível o estabelecimento de teorias morais que, em cada caso ou em cada questão prática, tenham o condão de extrair com segurança intersubjetiva uma resposta precisa. Segundo Alexy, somente quando se consideram teorias morais procedimentais, capazes de formular regras ou condições de uma argumentação ou decisão racional prática é que essa segurança é possível de ser obtida (ALEXY, 1988, p. 150). Adverte, todavia, Rodolfo Vigo:

A teoria discursiva alexyana se oferece como procedimental (um enunciado normativo é correto se e somente se pode ser o resultado de um procedimento), o seguimento das regras discursivas não garante a obtenção do consenso dadas as diferenças antropológicas e valorativas entre os homens, e inclusive, o respeito daquelas que permitem a obtenção de mais de uma resposta correta (VIGO, 2003, p. 214).

Isso o leva a considerar os problemas de justiça como problemas morais sobre os quais é possível argumentar de forma racional (VIGO, 2003, p. 207), inclusive levando-o, segundo Rodolfo Vigo, a considerar a tese de que a jurisprudência não pode prescindir de valorações, indicando, todavia, que a teoria dos discurso prático e jurídico indica ao intérprete/aplicador o dever de orientar-se em um sentido juridicamente relevante em conformidade com valorações moralmente corretas (VIGO, 2003, p. 213).

Conforme assevera Alexy:

É uma suposição central da teoria do discurso, que a aprovação no discurso, primeiro, pode depender de argumentos e que, segundo, entre a aprovação universal sob condições ideais e os conceitos de correção e de validade moral existe uma relação necessária (ALEXY, 2008, p. 27).

Isso significa que corretas e válidas serão aquelas normas que, em um discurso ideal¹¹, seriam pelos participantes individualmente apreciadas como corretas.

¹¹ Segundo Alexy, “A idéia do discurso ideal é uma idéia regulativa sempre presente em discursos reais.” (ALEXY, 2008, p. 28).

Assim, Alexy propõe as seguintes regras específicas do discurso: a) *Todo falante pode tomar parte no discurso*; b) *Qualquer um pode questionar qualquer asserção: b1) qualquer um pode introduzir qualquer asserção dentro do discurso; b2) qualquer um pode expressar suas atitudes, desejos e necessidades*; c) *nenhum falante pode ser impedido de exercer os direitos previstos nos subitens b1 e b2 por qualquer coerção interna ou externa ao discurso* (ALEXY, 2008, p. 26).

Para Alexy:

Essas regras expressam, no plano da argumentação, as idéias da liberdade e igualdade universal. Se elas valem, portanto, cada um pode decidir livre e igualmente sobre aquilo que ele aceita, então, vale, necessariamente, a condição seguinte de aprovação universal:

Uma norma pode, em um discurso, somente então, encontrar aprovação universal, quando as conseqüências de seu cumprimento geral para a satisfação dos interesses de cada um particular podem ser aceitas por todos. (ALEXY, 2008, p. 26)

Aponta essa ideia de Alexy para o entendimento de que o princípio do discurso exige uma democracia deliberativa, a qual ele considera como algo a mais do que um mero procedimento para a formulação de uma compensação de interesses em um nível considerável, apontando para o fato de que na democracia deliberativa o plano de interesses e do poder é coberto por um plano dos argumentos, na qual todos os participantes podem contribuir para uma solução política correta (ALEXY, 2008, p. 35).

Significa dizer que:

A democracia deliberativa pressupõe, desse modo, a possibilidade de racionalidade discursiva. Se a idéia de racionalidade discursiva fosse uma imagem enganosa, então a democracia deliberativa seria uma ilusão (ALEXY, 2008, p. 35).

Basta, porém, apenas a existência de uma democracia deliberativa, calcada em um procedimento fundado em uma racionalidade discursiva?

Alexy entende que não. Para ele:

Que a democracia deliberativa, somente então, é possível, quando existe algo como discursos práticos racionais, é somente um lado da matéria. O outro, é que a idéia do discurso somente pode ser realizada pela institucionalização da democracia deliberativa até o ponto onde ela é realizável. Quem quer correção, deve querer discursos; quem quer discursos, deve querer democracia. (ALEXY, 2008, p. 35)

Neste contexto, ressalta o pensador tedesco que a formação das

instituições democráticas é de fundamental importância no seu modelo procedimental, sendo considerada matéria do processo democrático, implicando em uma democracia reflexiva (ALEXY, 2008, p. 35).

Importa salientar que as regras específicas do discurso apresentadas por Alexy somente podem ocorrer em um ambiente efetivamente democrático. Sem o elemento democrático, o discurso alexyano perde o seu caráter argumentativo, na medida em que ele fomentará relações de dominação e poder.

Conforme já salientado, se o discurso racional consiste em um procedimento que visa provar e fundamentar enunciados normativos e valorativos através da utilização de argumentos, somente em um *locus* que impere uma efetiva democracia é que esse discurso conseguirá frutificar.

Segundo Alexy:

A teoria do discurso sustenta que uma argumentação que exclui ou suprime pessoas ou argumentos – exceto por razões pragmáticas que têm que ser justificadas – não é uma argumentação racional e que as justificações que se obtêm neste contexto são defeituosas. (ALEXY, 1994, p. 48)

A racionalidade está justamente no fato de que as decisões ocorrem pela inclusão de todos os interessados e pela aceitação de todos os argumentos¹².

Habermas cita quatro qualidades do processo argumentativo que subjazem à aceitabilidade racional de uma asserção:

(a) ninguém que possa dar uma contribuição relevante pode ser excluído da participação; (b) a todos se dará a mesma chance de dar contribuições; (c) os participantes devem pensar aquilo que dizem; (d) a comunicação deve ser isenta de coações internas ou externas, de tal forma que os posicionamentos de “sim” e “não” ante reivindicações de validação criticáveis sejam motivados tão-somente pela força de convencimento das melhores razões (HABERMAS, 2004, p. 60; Cf. BOTELHO, 2008, p. 53).

Neste cenário alude Alexy ao papel da jurisdição constitucional, sobretudo no caso em que são aprovadas leis que violam direitos fundamentais. Para Alexy, “Pode-se, então, ou confiar na força de cura espontânea da democracia ou então receitar o medicamento da jurisdição constitucional.” (ALEXY, 2008, p. 36)

Alexy afirma que, para o primeiro caso, não se pode deixar de considerar que as majorias são propensas a preservar seus privilégios, mesmo contrariamente aos direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 36).

No segundo caso, o mestre alemão afirma que a jurisdição constitucional não pode ser considerada como um remédio universal, pois entende que a democracia poderá desenvolver efeitos negativos, aludindo ao perigo do

¹² Aceitação aqui entendida como a possibilidade do argumentante colocá-lo no espaço público.

paternalismo inerente a cada jurisdição constitucional (ALEXY, 2008, p. 36).

O paternalismo poderá ser afastado se a jurisdição constitucional, considerada como uma representação argumentativa dos cidadãos estiver mais próxima dos ideais discursivos que o processo político, que levou à lei anulada (ALEXY, 2008, p. 36). Ademais, assevera Alexy, “no processo político posterior, a decisão do tribunal constitucional é reconhecida pelos cidadãos em discussão e reflexão crítica como sua própria.” (ALEXY, 2008, p. 36)

Essa questão é importante pelo fato de Alexy aludir ao problema referente aos limites da competência do Tribunal Constitucional, apontando para a necessidade de se equilibrar o papel da Corte com a do legislador (ALEXY, 1993a, p. 483).

Considerando a questão dos direitos fundamentais, entendidos como direitos do particular frente ao legislador, Alexy vê que este cenário mostra posições que revelam deveres do legislador e que, por conseguinte, limitam as suas competências (ALEXY, 1993a, p. 484). Isso significa, adverte Alexy:

O mero fato de um Tribunal Constitucional quando, por razões de direito fundamental, constata violações dos deveres e da competência do legislador, intervém necessariamente no âmbito da legislação, não basta para fundamentar a objeção que denuncia a existência de um deslocamento inconstitucional do objeto da competência do legislador para o Tribunal (ALEXY, 1993a, p. 484).

Essa alusão à competência do Tribunal Constitucional se dá pelo fato de que Alexy afirma que o caráter ideal do discurso implica a necessidade do direito (ALEXY, 2003, p. 167). Neste contexto, não é aceitável que conflitos sociais permaneçam sem resolução em razão de se buscar um consenso unânime em uma discussão ilimitada (ALEXY, 2003, p. 167).

Significa, em outros termos, que Alexy reconhece as limitações de seu procedimentalismo, sobretudo pelo fato de que seu modelo contém idealizações contrafáticas. Quando aplicado à solução de conflitos, o modelo ideal revela-se insuficiente, já que pode gerar uma discussão ilimitada, sem qualquer solução do caso concreto.

Alexy recorre, portanto, a necessidade de um procedimento jurídico, pela legislação ou jurisdição. Conforme Alexy:

A base de todo processo pelo estilo é a constituição. É um dos assuntos fundamentais da teoria do discurso que um acordo sobre partes essenciais da constituição, de caráter tanto substancial como processual, seja mais fácil de conseguir que um acordo sobre as múltiplas questões particulares referentes a política e a vida social (ALEXY, 2003, p. 167).

O papel da jurisdição constitucional é importante também no contexto de

uma sociedade pluralista, em que há a presença de opiniões altamente distintas acerca de questões normativas fundamentais.

O Tribunal Constitucional, portanto, atua garantindo os direitos fundamentais previstos na constituição, não representando, por isso, um exercício inconstitucional das competências outorgadas ao legislador, já que é a própria Constituição que prevê esse dever da Corte Constitucional (ALEXY, 1993a, p. 484).

Aqui importante lembrar a contribuição de Peter Häberle a esse debate. Häberle, ao tratar da sociedade aberta de intérpretes, ressalta a importância da Corte Constitucional como órgão responsável pela última palavra.

Conforme escólio de Häberle, “a esfera pública pluralista desenvolve força normatizadora. Posteriormente, a Corte Constitucional haverá de interpretar a Constituição em correspondência com a atualização pública.” (HÄBERLE, 1997, p. 67)

Significa que à Corte Constitucional cabe a tarefa de “decidir por último”, tarefa essa que é prevista pela Carta Constitucional que, em um Estado Democrático de Direito, é fruto de um legislador constituinte democraticamente eleito. De acordo com Häberle:

É que, no caso de uma profunda divisão da opinião pública, cabe ao Tribunal a tarefa de zelar para que não se perca o mínimo indispensável da função integrativa da Constituição. Ademais, a Corte Constitucional deve controlar a participação leal dos diferentes grupos na interpretação da Constituição, de forma que, ao decidir, levem-se em conta, interpretativamente, os interesses daqueles que não participam do processo (HÄBERLE, 1997, p. 69: Cf. BOTELHO, 2008, p. 205).

Portanto, a tarefa de dar a última palavra é atribuída pelo próprio povo, enquanto legitimador do legislador constitucional, razão por que a abertura da jurisdição constitucional à práxis argumentativa, não significa retirar da Corte o papel de pôr um fim ao procedimento argumentativo¹³.

CONCLUSÕES

Não resta a menor dúvida que o modelo desenvolvido por Alexy é de fundamental importância para o debate contemporâneo acerca da democracia e legitimidade das decisões emanadas da Corte Constitucional.

A primeira conclusão que se extrai do presente estudo é sobre o posicionamento de Alexy com relação à distinção entre regras e princípios. Para Alexy, regras e princípio são normas jurídicas, mas aquelas são aplicáveis à maneira de tudo ou nada, enquanto que os princípios são mandatos de otimização que exigem que algo de realize na maior medida possível.

¹³ Häberle aponta para a necessidade de racionalizar o processo de abertura, sob pena de dissolvimento da exegese constitucional em um sem-número de interpretações e intérpretes. (Cf. COELHO, 1998, p. 30).

Essa distinção e a sua consideração acerca dos princípios como mandatos de otimização, segue-se que os princípios podem ser equiparados a valores, sendo que toda a colisão entre princípios expressa uma colisão de valores, exigindo do aplicador/intérprete, uma ponderação de valores.

O procedimentalismo alexyano tem relevância na apreciação do papel da jurisdição constitucional, na medida em que para Alexy, pessoas e procedimentos são necessários, na medida em que ele entende que a racionalidade prática pode ser definida como a capacidade de encontrar decisões práticas pelo uso de sistemas de regras.

Assim, para Alexy, a teoria do discurso é uma teoria procedimental da correção prática, significando que uma norma é legítima quando é resultado de um procedimento.

Dá a exigência de uma democracia deliberativa. Todavia, o papel do Tribunal Constitucional nesta moldura não pode ser mitigado e aqui é importante a contribuição de Peter Häberle, que, ao tratar da sociedade aberta de intérpretes, ressalta a importância da Corte como a responsável pela última palavra.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón practica*. *Doxa Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, n. 5. Alicante: Universidad de Alicante, 1988, p. 139-151.

_____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993a.

_____. *Derecho y razón práctica*. México, DF: Fontamara, 1993b.

_____. *Legal argumentation as rational discourse*. *Rivista Internazionale Di Filosofia Del Diritto*, Giuffrè Editore, Milano, v. 4, p. 165-178, 1993c.

_____. *Derechos, razonamiento y discurso racional*. *Revista de Teoria y Filosofía del Derecho*, n. 1, 1994, p. 37-49 (In: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01338308644248274088802/p0000015.htm#I_19_).

_____. *On the structure of legal principles*. *Ratio Juris*, v. 13, nº 03, September 2000, p. 294-304.

_____. *Justicia como corrección*. *Doxa Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, n. 23. Alicante: Universidad de Alicante, 2003, p. 161-173.

_____. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2005a.

_____. *Sobre a estrutura dos princípios jurídicos*. Revista Internacional de Direito Tributário. Belo Horizonte: Del Rey, vol. 3, jan/jun, 2005b, p. 155-167.

_____. *Problemas da teoria do discurso*. Revista Direito, Estado e Sociedade nº 8. In: <http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/artigos.html>. Consultado em 21.11.2006a.

_____. *Ponderación, control de constitucionalidad y representación*. In: Jueces y Ponderación Argumentativa. 1. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006b, pp. 1-18.

_____. *Constitucionalismo discursivo*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

BOTELHO, Marcos César. *A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas*. Dissertação de mestrado. Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília, 2008.

_____. *A corte constitucional como espaço público por excelência: considerações em Habermas e Häberle*. Brasília: Revista Jurídica Consulex, Ano XIII, nº 294, 15 de abril de 2009a, p. 50-51.

_____. *O fornecimento de medicamentos pelo Estado: considerações à luz do pensamento de Klaus Günther*. Boletim de Direito Administrativo. São Paulo: Editora NDJ, Ano XXV, nº 5, maio/2009b, p. 557-566.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Sobre a justificação e a aplicação de normas jurídicas*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, Senado Federal, Ano 43, nº 171, p. 81-90, 2006.

COELHO, Inocêncio Mártires. *As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro*. Revista Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, Ministério da Justiça, a. 50, n. 189, jan/jun. 1998, p. 25-37.

DWORKIN, Ronald. *Law as interpretation*. Texas Law Review, vol. 60, 1982, PP. 527-550.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FONTANILLO, Jose Antonio Pinto. *La teoría de la argumentación jurídica en Robert Alexy*. Tese de Doutorado. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 2003a.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 2, 2003b.

_____. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *O conceito de princípio entre otimização e a resposta correta: aproximações sobre o problema da fundamentação da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica*. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2007.

PEDRON, Flávio Quinaud. *Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin*. *Revista CEJ*, Brasília, nº 30, 70-80, 2005.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Jurisdição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SANDRONI, Paulo (org.). *Novíssimo dicionário de economia*. São Paulo: Editora Best Seller, 1999.

VIDAL, Isabel Lifante. *La teoria de Ronald Dworkin: la reconstrucción del derecho a partir de los casos. Jueces para la Democracia*, nº 36, Madrid: 1999, 41-46.

VIGO, Rodolfo. *Balance de la teoría jurídica discursiva de Robert Alexy. Doxa Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, n. 26. Alicante: Universidad de Alicante, 2003, p. 203-224.